

Title	秘密意匠制度に関する一考察：その効果をめぐって
Author(s)	青木, 大也
Citation	
Issue Date	2020-10-15
oaire:version	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/81469
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

秘密意匠制度に関する一考察

その効果をめぐって

青木大也

- I はじめに
- II 秘密意匠制度の理解
- III 秘密意匠制度に関する現在における検討のポイント
- IV 秘密意匠制度に関する検討
- V おわりに

I はじめに

本稿は、産業財産権法の中でも意匠法にのみ存在する秘密意匠制度(意匠14条)について、若干の検討を加えるものである¹⁾。本来であれば、(何度か導入が話題になったものの見送られている)出願公開制度や新規性喪失の例外等、意匠の公開されることの意味を全体を通じて検討する必要があるが、後述のように令和元年改正を通して意匠法のカバーする領域が拡大し、また秘密意匠の出願数も増加しており、秘密意匠制度のデメリットがより広く生じかねないことから、本稿は特に現行の秘密意匠制度における効果、すなわち、出願人の希望で、一定期間、絶対的権利である意匠権を発生させながら権利が公示されない状態を作り出せる点に注目し、差し当たり現行法を前提に、その留意点やより望ましい姿等を探ることを目的とする。

なお、本稿で検討の対象とするのは、日本法におけるような意匠登録出願人が任意でその登録後の公開に際して当該意匠を秘密にできる制度の類であり、軍事的事情等による秘密制度等は対象としない。

1) 秘密意匠制度を特に扱った先行研究として、砂川昭男「秘密意匠について」原増司判事退官記念『工業所有権の基本的課題(下)』(有斐閣・1972)825頁、佐藤恵太「判例で考える意匠法4—意匠法独特の制度(1)」発明93巻7号(1996)123頁等がある。

II 秘密意匠制度の理解

1 秘密意匠制度の来歴

(1) 明治 42 年法における導入について

秘密意匠制度は明治 42 年法の段階ですでに導入されている。明治 42 年法 16 条は「意匠登録ノ出願ヲ為ス者ハ出願中及登録後三年以内其ノ意匠ヲ秘密ニセムコトヲ請求スルコトヲ得」と定める²⁾。その趣旨については、帝国議会の議論において、「特許法ナリ若クハ商標法等ニ依リマスト特許公報ヲ出シ或ハ商標公報ヲ出スヤウニナツテ居リマス、意匠法ニ依リマスト意匠公報ヲ出サヌコトニナツテ居リマス、是モ意匠ト云フモノハ進ンデ世ノ中ニ示スモノデハナイ、特許ノ如ク世ノ中ニ直ニ進ンデ示ス必要ハナイト云フコトカラ、秘密ハ採用シテ差支ナイト云フ精神ガ此法ニ於テ現ハレテ居ルノデアリマス、且ツ各國トモニ意匠ニ付イテハ秘密制度ヲ採用シテ居ルヤウデアリマス、且又意匠ハ盗マレルト甚ダ仕方ナイ、極ク季節或ハ流行ニ依ルモノデアリマスカラ、盗マレナイヤウニスルコトガ必要デアル、ソコデ秘密ヲ守ルヤウニ致シマシタ」との説明が見られる³⁾。

すなわち、①特許等と比較して意匠の公開の必要性が薄いこと、②諸外国の状

2) ただし、後述の速記録にも記載のある通り、明治42年当時、意匠公報は発行されておらず、特許公報に図面を除く目録が併載されていたのみであったとのことである（山田繁和「我が国の意匠制度の歴史」特技懇276号(2015)55頁。なお、同56頁によれば、明治42年からは掲載先が実用新案公報に変わっている。特許庁意匠課編『意匠制度120年の歩み』〔特許庁・2009。以下、『意匠制度120年の歩み』という〕48頁の図も参照）。その意味で、ここでの秘密意匠制度は、第三者による登録簿の閲覧に係る規制と整理されようか。その詳細な運用は当時の意匠法施行細則4条以下に掲げられている。なお、意匠公報発行は昭和8年からであり、その理由として、出願件数の増大による第三者への権利内容の公示の必要性、およびそれを可能にする印刷技術の向上等が挙げられている（『意匠制度120年の歩み』47頁）。

3) 『第二十五回帝國議會貴族院特許法改正法律案外三件特別委員會議事速記録』第1号（1909。以下、『速記録』という）4頁〔中松盛雄政府委員発言〕、『意匠制度120年の歩み』28頁参照。なお、同30頁では「意匠は流行などに関係があり比較的模倣が容易であるため、権利付与後も公開により盗用されあるいは流行性の方向を採知され不測の損害を招くおそれがあるので、これに対処した」とまとめられている。

況⁴⁾、③模倣阻止⁵⁾⁶⁾の3点が根拠とされていたことが窺える。これらの点は、後に触れるように現在の意匠法から見ても検討すべき趣旨ということになろう。もっとも、その後の議論においては、第三者への影響を懸念する議員からの質問に晒されていることが窺え、この頃から秘密意匠が第三者に対する脅威となることが意識されていたようである。

(2)「工業所有権法規改正ニ關スル會議」(昭和3年)における議論について

大正10年法改正後、昭和3年に設置された「工業所有権法規改正ニ關スル會議」委員会において、法改正をめぐる議論が行われている⁷⁾。その際、以下のように秘密意匠制度の廃止も議論された(ただし、以下に記す以上のことは書かれておらず、また改正には結実しなかったとのことである⁸⁾)。

秘密意匠制度の廃止を検討すべきとする理由については、公示の原則に反することに加えて、秘密意匠制度の認められる理由との関係で2点が挙げられている⁹⁾。すなわち、意匠は個人的・独創的創作であるがために、発明や実用新案のように他人によって同一目的の物が創作されることがないという根拠について、そのような差異はないのではないかという疑問、そして、特に季節物にあっては、しばしばその製造拡布のかなり早い段階で出願をする必要があるとの根拠について、それは意匠権の効力について検討すべきことと指摘している。

- 4) なお、前掲注3)『速記録』8頁によれば、外国からの意匠について秘密意匠の希望が増加しているとの指摘がなされている。
- 5) 前掲注3)『速記録』8頁によれば、意匠に関しては登録意匠と第三者の実施意匠が暗合することはほとんどなく、専ら模倣が問題となるとして、第三者の独自創作に対して秘密意匠に係る意匠権を行使する場合についてはほとんど考慮されていなかったようである。また、秘密期間中に権利者が商品を販売した場合で、それを模倣した者の被る影響については、権利者の商品には「要償ノ訴」のために登録標記(明治42年特許法56条3項「特許標記ヲ付スルコトヲ怠リタル爲特許ニ係ル物ナルコトヲ知ラスシテ其ノ權利ヲ侵害シタル者ニ對シテハ要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス」を同意匠法26条が準用)を付していることを想定し、それが付されている商品をもとに模倣した場合の第三者の影響は考慮しないでもよいとの処理が示唆されている。
- 6) もっとも、前掲注3)『速記録』8頁では、クリスマス等を例に、そういった時期に合わせて売り出したいのに、その前に知られてしまうと新しい意匠ではなくなってしまつて困るといった言及が見受けられる。その意味で、秘密意匠制度の導入の趣旨は、単なる模倣阻止だけでなく、後述の公開時期／販売開始時期のコントロールも見越していたとの評価も可能であろう。
- 7) 『意匠制度120年の歩み』36頁参照。
- 8) 『意匠制度120年の歩み』37頁参照。
- 9) 荒玉義人文庫第1巻所収「工業所有権法規改正ニ關スル會議 意匠法之部」125-126頁(村山小次郎「特許新案意匠商標四法要義」[巖松堂書店・1922]を参照しつつ)。ただし、当時は登録意匠に係る公示方法がない(趣旨としては、意匠公報がないということと思われる)中で議論であったため、公示方法のある場合には秘密にする必要があるとの指摘もなされている。

このうち、前者の理由づけについては、明治42年法の段階から見られた特許法との対比（趣旨としては、相対的にその公開が産業の発達に貢献しないということ）とは異なる理由づけ（趣旨としては、重複開発がないために秘密にしても問題ないということか）と見受けられるが、この点については、少なくとも現代の意匠法から省みる限り、批判にあるのと同様の疑問を生じよう。

(3) 昭和34年法改正時の議論について

昭和34年法改正時も、工業所有権制度改正（調査）審議会において、再度秘密意匠制度の存廃をめぐる議論がかわされることになった。秘密意匠制度について主に議論されたのは、昭和26年8月7日の第25回特許部会、そしてその後設置された意匠法改正特別委員会における昭和28年1月13日の第7回意匠法改正特別委員会、およびその後の昭和30年6月23日の第128回特許部会においてであると思われる。

このうち、第25回特許部会¹⁰⁾においては、一部委員から「工業所有権制度の趣旨に反する」、「公開する替りに独占させてやるというのが最近の主な考え方」、公開して模倣されたとしても「権利侵害で抑えたらいい」等の指摘もあったが、一方で他の委員から、「意匠などは特許と異りそれを公開しないと産業が進歩しないという性質のものではな」く、「むしろ商標的な私的なものであつて国家が本気で奨励すべきものではないのではないか」、流行のあるものは「早くから権利をとつて秘密にしておき、いざというときにぱつと使用する必要がある」、「英国でも意匠は公報に載せないのだから公開しなければならないということは工業所有権の絶対的要件とはいえない」、「意匠はすぐ真似できるし又保護期間も短いから秘密にして真似されないようにする必要がある」、権利侵害については、理論上はともかく「現実問題としては抑えにくい」等といった指摘がなされた。

また、当時の議論を通して秘密意匠制度の利用実態が問われていた点も注目される。後述の通り、当時は件数が少なく、また特定分野（陶器等）に偏っていたことが窺われる。

最終的に、意匠法改正特別委員会報告書において、「秘密意匠については、公開の原則に反すること、独占権の存在が第三者にわからない等の弊害があるが、

10) 荒玉義人文庫第6巻所収「工業所有権制度改正審議会第25回特許部会議事要録」(昭和26年8月7日)。

公告すると模倣されやすいので現在も秘密意匠は許されているという点を考慮して制度としては一応残すこととする」とまとめられ¹¹⁾、廃止されることなく維持された。

2 現行法の理解

現行の秘密意匠制度の趣旨について、特許庁の逐条解説では以下のような説明がされている。

「自己の創作を社会に公開した代償として独占権が与えられるという工業所有権制度の本来の趣旨からすれば秘密意匠を認めるのは疑問だという意見もある。しかし、ある意匠を創作したがその実施化にまだとりかからないというような場合には、まず先願としての出願を確保しておく必要があり、このような場合に秘密意匠の規定が活用されている。出願した意匠について意匠登録を受けそれが意匠公報に掲載されると、その出願をした業者の将来の意匠の傾向を他の業者に知られ、またその意匠を基としてそれを転用したような意匠を作り出されるおそれがあるからである。技術の上に技術を積み重ねるという構成をとる特許法、実用新案法においては、独占権の対象を一般に秘密にしておくことは許されないが、意匠法は同じく産業の発展を目的とするにもかかわらず、美的観点からその目的を達成しようとするものであるため、例外的に秘密意匠制度が認められると考えられる」¹²⁾。

この記述から窺えるのは、以下の点であり、これらは学説上も（必ずしもすべてが挙げられるわけではなく、また挙げる場合も共通の理解のもとで議論されているわけではないかもしれないが）言及されることが多い。

①許容性：いわゆる公開代償説が意匠法においては決定的ではないこと

すでに従前の改正に関する議論においても言及されていたが、発明等の技術の領域と異なり、意匠法の規律する領域にあっては、相対的に、公開代償説の必然性が低下し、他の利益との調整において譲る場面が生じ得る、という

11) 荒玉義人文庫第38巻所収「意匠法改正特別委員会報告書」四(ロ)。なお、その後の庁内資料と思われるところには、英仏法も同様の制度を有するという文言が加えられている。

12) 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説(第21版)』(発明推進協会・2020)1263頁。

理解を前提にしているものと解される¹³⁾。前述の趣旨説明の最後の一文は、このうち改良発明等のような類型においてこれを示唆するものと理解される¹⁴⁾。

②必要性：先願主義のもとで、実施が遅れる場合に、意匠公報によって意匠の開発動向が察知されること／それをもとにした製品開発が行われること／模倣されること

先願主義のもとで出願をしつつ、実施が遅れる場合に、秘密意匠制度のニーズがあることが示唆される¹⁵⁾（優先権との関係でも重要である）¹⁶⁾。ここでの必要性は、第三者に公開されることによる第三者介入のデメリットを想定しているものと考えられる。もっとも、逐条解説では、直接の模倣意匠について言及されていないようであるが、代わりにその動向自体を知られることや権利範囲外ではあるがそれをもとにした意匠の存在が出願人にとって悪影響を有するものであるという点が指摘されている¹⁷⁾。その極限的な場合が権利範囲内にある模倣意匠の出現ということになろう¹⁸⁾。特に、短ライフサイクルの製品等にあっては、救済が間に合わないことも多いであろう¹⁹⁾。もっとも、後者の模倣意匠については意匠権の権利範囲に含まれるものであるが、前者はそうではないことに留意する必要があると思われる。

13) 秘密意匠との関係で、佐藤・前掲注1)124頁、斎藤瞭二『意匠法概説〔補訂版〕』（有斐閣・1995）235頁、寒河江孝允はか編著『意匠法コンメンタール〔第2版〕』（レクシスネクシス・ジャパン・2012）315頁〔鹿又弘子〕参照。竹田稔＝川田篤『知的財産権訴訟要論（意匠編）』（発明推進協会・2020）100-101頁も参照。さらに、加藤恒久『意匠法要説』（ぎょうせい・1981）279頁、佐藤恵太「意匠保護法制の再検討（四・完）」法学新報100巻3＝4号（1994）160頁は、そもそも意匠法に公開代償説の考え方は当てはまらないとする。

14) 土肥一史『知的財産法入門〔第16版〕』（中央経済社・2019）139頁。

15) 満田重昭＝松尾和子編『注解意匠法』（青林書院・2010）301頁〔木村恭子〕参照。

16) 佐藤・前掲注1)127頁。

17) 高田忠「意匠」（有斐閣・1969）386頁、斎藤・前掲注13)234頁、満田＝松尾編・前掲注15)301頁〔木村〕、永芳太郎「秘密意匠」牧野利秋編『実務解説特許・意匠・商標』（青林書院・2012）484頁、竹田＝川田・前掲注13)100-101頁参照。

18) 高田・前掲注17)386頁、田村善之『知的財産法〔第5版〕』（有斐閣・2010）385頁、寒河江はか編著・前掲注13)315頁〔鹿又〕、永芳・前掲注17)483頁参照。なお、本稿は第三者の介入による悪影響として本文のように整理したが、佐藤恵太「インダストリアルデザイン国際登録条約草案と日本法」比較法雑誌26巻2号（1992）84-85頁では、模倣生産の難しい自動車産業と簡単な繊維製品を例に、模倣する側の準備期間の関係で、後者に模倣の問題が生じるが、前者はデザインの情報自体の利用に係る問題であり、意匠法による規制に馴染まない」と説明される。

19) 佐藤・前掲注18)85頁。

その他に学説上指摘される根拠として、

③必要性：出願人の事情による公開時期／販売開始時期のコントロールを可能にすること

特に秘密意匠制度の利用の多い自動車産業との関係で、モデルチェンジ前にモデルチェンジ後の自動車のデザインが公開されてしまうと、既存モデルの売上に影響が出るといった問題があり、自己の意思でデザインの公開時期や販売開始時期を自由に決定したいという事情があるのではないかと指摘がある²⁰⁾。また需要説の立場等から、その機能を最大化するには出願人の事情で公開時期を定める方がよいとする説明がされている²¹⁾。新製品のインパクトの重要性を説くものもこれに含まれよう²²⁾。この点は、第三者による介入の悪影響を懸念する②とは区別される趣旨のように思われる。

Ⅲ 秘密意匠制度に関する現在における検討のポイント

以上のように説明される秘密意匠制度であるが、その後の状況等に照らすとどのように評価されるであろうか。以下では、上記の整理との関係で検討を要すると思われるポイントについて指摘する。

1 趣旨との関係

Ⅱ 2で触れたように、秘密意匠制度をめぐる必要性、許容性について様々なものが挙げられている。もっとも、その趣旨が現在の秘密意匠制度、特にその効果とマッチしたものであるかは、検討の余地があるように思われる²³⁾。

まず①の許容性について、少なくとも公開代償説との関係は秘密意匠制度の導入をめぐる利益衡量可能なものと説明されているが、登録意匠の公開の意味は

20) 佐藤・前掲注1)126-127頁。ただし、これは当時の諸外国ではほとんど想定されていない運用であると指摘される。

21) 加藤・前掲注13)280頁。光石士郎『新訂意匠法詳説』(帝国地方行政学会・1971)122頁も参照。

22) 寒河江ほか編著・前掲注13)315頁〔鹿又〕。

23) なお、秘密期間の適否については調査の上に行われる政策的な判断と思われるため、ここでは措く。

それにとどまらない。特に第三者に対する絶対的権利の存在の公示という観点²⁴⁾からは、必ずしも十分な許容性の説明はなされていないように思われる。この点、秘密意匠に係る意匠権侵害訴訟を遂行するにあたっては、差止請求前の警告（意匠 37 条 3 項）や過失推定の除外（意匠 40 条ただし書）が定められているが、主観的要件が関係する損害賠償請求（や刑事罰）についてはともかく、差止請求権については、警告を前提としても、第三者にとって把握不可能な絶対的権利によって自己の進行中の事業を差し止められることを考えると、第三者の保護として十分とはいえないようにも思われる²⁵⁾。また実際上の問題として、警告は条文上明らかなように差止請求権の行使の前提に過ぎないことからすると、警告や秘密意匠期間経過等による開示前の第三者による実施も、理論的には違法な行為ということになると思われる。そうすると、以降の業としての使用や譲渡等もすべて違法な行為に該当することになり、競業者（や競業者へ専用品、不可欠品を提供する業者）以外の第三者にも多大な影響をもたらすおそれがある。

他方、②の必要性に関連しては、出願人にとって問題となる第三者の行為が、権利範囲内（同一または類似意匠の実施）か、権利範囲外（アイデアとしての利用、転用非類似意匠の実施、類似意匠に関する実施以外の行為等）か、および依拠の有無の軸で整理する必要があると思われる。先に触れた議論においては、公開された意匠にはすぐに模倣品が現れるとの指摘や、あるいは公開された意匠に基づき出願人の開発動向を察知される／転用される等、いずれも公開意匠に依拠した権利範囲内外の事情が掲げられていた²⁶⁾。もっとも、前者はともかく、後者については、そもそも意匠権で規制できない行為であり、意匠権の有用性如何にかかわらず、意匠の公開自体の問題として議論されるべきものと整理されよう。またもちろん、依拠のない権利範囲外の行為は問題視されていない。そして、依拠のない権利範囲内の行為を（手続的制限があるとはいえ）規制する必要性については、明治 42 年法以来、必ずしも説得的な説明がされていないように見受けられる。

24) 佐藤・前掲注13)「意匠保護法制の再検討(四・完)」162-163頁参照。なお、登録された秘密意匠の権利主体については最初の意匠公報で開示されるので（意匠20条4項）、ここでは措くが、権利の内容を画定する願書や図面が公開されていない以上、このことの意義は限定的であるように思われる。

25) 渋谷達紀『知的財産法講義 2 〔第 2 版〕』（有斐閣・2007）594頁参照。

26) この点は、前掲注5)で触れたような、明治42年法の際に公表意匠に基づく模倣品の問題が念頭に置かれたことと重複するものであろう。

さらに、③の必要性についても、出願人による公開時期の決定の可否に解消される問題であり、秘密意匠に与えられるべき権利の内容とは必ずしも連動していないと整理されるように思われる。

2 状況の変化

1で検討した理論的な問題とは別に、秘密意匠制度をめぐる状況の変化についても留意する必要がある。

まずその利用について、昭和34年法の改正法検討当時、通常、秘密意匠の出願数は年間30～40件ほど、率にして0.3～0.4%とされ、また、対象物品は陶磁器、アクセサリーが多いとのことであった²⁷⁾。しかし現在では、対象物品は明らかではないものの（自動車関係の利用が多いとのことであるが）、年間約30,000件の出願件数のうち、秘密意匠は1,800件を超え、なお増加傾向にあることが窺える²⁸⁾。審査期間の短縮（審査期間が長期化していた時期は、秘密意匠制度の実益がないとの指摘がなされていた）²⁹⁾が要因の1つであるように推察されるが、いずれにせよ未だ少数ながら、無視できない数になりつつあるといえるかもしれない。

加えて、令和元年改正によって新たに画像の意匠や建築物の意匠、内装の意匠といった、従来にない産業に関する意匠が登録の対象となった。これら新しい意匠に関する出願件数はまだ分からないところであるが、これらも秘密意匠制度の対象となる。その場合、類型的に見て、画像の意匠に関しては利用者の規模が、また建築物の意匠に関してはその投資の大きさが、各々秘密意匠制度の影響を受ける第三者との関係で問題をはらむように思われる。

27) 荒玉義人文庫第38巻所収「第128回特許部会議事要録」(昭和30年6月23日)。

28) 特許行政年次報告書2019年版(統計・資料編)39頁。ただし、平成18年改正で可能になった登録料納付時請求に係る件数がどのようにカウントされるのかは不明。なお、平成30年度意匠制度の改正に関する説明会テキスト (https://www.jpo.go.jp/news/shinchaku/event/seminer/text/document/isho_text_h30/h30shiryou.pdf [以下、URLはすべて2020年5月5日時点のもの]) 15頁によれば、2017年の秘密意匠請求件数は、出願時請求が出願年ベースで1,130件、登録料納付時請求が登録年ベースで1,258件となっている。

29) 江藤哲「意匠の本質からみた意匠の登録制度」原増司判事退官記念『工業所有権の基本的課題(下)』(有斐閣・1972)798頁、紋谷暢男編『意匠法25講(改訂版)』(有斐閣・1985)143-144頁(土肥一史)参照。

3 諸外国との対比

明治42年法以来指摘されるように、諸外国において意匠を秘密にすることが広く行われているとの指摘がなされてきたが、その後の状況を見ると、わが国意匠法における秘密意匠制度は、特にその効果において、かなり独特のものになりつつあるように思われる。

(1) 秘密意匠制度を認めない——米国意匠特許制度

わが国意匠法におけるのと同じく、意匠特許出願について実体審査を行う米国特許法においては、2015年米国がハーグ協定のジュネーブ改正協定に加盟した後においても、秘密意匠制度を有しない³⁰⁾。

秘密意匠制度を導入しない積極的な理由づけは必ずしも明らかではないが、意匠特許は通常の特許と同様のルールに服せしめられるとの理解が背後にあるものと推察される。また同時に、少なくともハーグ協定のジュネーブ改正協定について議論されていた当時の米国の状況について、平均的な審査期間（この間は意匠は公開されない）が30ヶ月となっており（1991年のデータ）、事実上の国際公表の延期の状態に相当するという指摘がなされていた³¹⁾。むしろこの遅延を問題視して、通常の特許に関するのと同様の出願公開と仮保護の権利の導入（そしてその場合に備えた公表延期）を指摘する立場もあった³²⁾。

(2) 出願日を維持しつつ、審査／公開を繰り下げる

——ハーグ協定のジュネーブ改正協定

国家の法制度ではないが、ハーグ協定のジュネーブ改正協定における、国際公表の延期制度についても見てみたい。

ハーグ協定のジュネーブ改正協定のもとで国際出願がなされると、原則として

30) 米国はハーグ協定のジュネーブ改正協定に加盟した際に、後述の国際公表の延期制度について不採用を宣言している。

31) William T. Fryer III, *More Bang for Your Design Protection Money: A Report on the Hague Agreement Third Meeting of Experts*, 76 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y 91, 106(1994)。また、仮に通常の特許に関するのと同様の出願公開制度が意匠特許に関して導入されたとしても、18ヶ月の猶予があると指摘している。もつとも、最近では米国においても審査期間は短縮されており、2015年はファーストアクションまで14.5ヶ月、権利化まで19.2ヶ月とされている（https://www.meti.go.jp/shingikai/others/seisaku_hyoka/pdf/026_s05_00.pdf参照）。とはいえ、この長さでは、秘密意匠制度は現在もあり機能しないかもしれない。

32) See William T. Fryer III, *Design Patent System for the Twenty-First Century*, 24 AIPLA Q.J. 331, 343-343, 375-376(1996)。ただし、この点については、Sarah Burstein, *Moving beyond the Standard Criticisms of Design Patents*, 17 STAN. TECH. L. REV. 305, 332(2013)も参照。

直ちに国際登録(10条(1))がされ、この国際登録がいわば出願となる(14条(1))。そして、原則として国際登録の日から6ヶ月が経過したところで国際公表が行われる(10条(3)・規則17条(1))。この国際公表によって、わが国では当該出願がわが国特許庁に係属する³³⁾。この国際公表について、領域を問わず、その時期を出願日から最大30ヶ月遅らせることができるというのが、国際公表の延期である(11条・規則16条(1))。例えば、意匠登録出願について実体審査を行うわが国を指定国とすると、国際公表の延期期間中は、わが国において意匠登録出願はまだ係属せず、国際公表の延期が終了し、国際公表されることをもって、意匠登録出願が(遡及的に国際登録日に)出願されたものとして)係属することになる。その趣旨は、繊維産業や自動車産業におけるように、製品を公開するかなり以前から製品を準備することがあり、その間その意匠を秘密にしたいということのようである³⁴⁾。

この国際公表の延期は、本稿との関係では、意匠権の発生はないものの、出願日の利益を確保しつつ、その公表の時期をコントロールし、これを遅らせることを出願人に認める制度と評価することができよう³⁵⁾³⁶⁾。さらに、出願人には、放棄や、国際公表の費用の支払いとの関係でその支払いをしないことで、国際登録を遡及的に無かったことにするという選択肢も与えられている(11条(5)(6))。これにより、出願後の状況の変化で、意匠権が不要であると判断した場合に、国際公表を避けることができる。

一方で、わが国意匠法との関係では、上記の通り出願意匠の公表後に審査開始となるため、(国際公表後に)補償金制度〔前掲注33)〕があるとはいえ)審査

33) その結果、わが国を指定国とした場合には、国際公表後意匠登録まで権利不存在の期間が生じるため、それに対応した補償金制度を導入している(意匠60条の12)。

34) Fryer, *supra* note 32, at 352. 佐藤恵太「意匠の国際寄託に関するヘーグ協定改正の動向」DESIGN PROTECT 19号(1992)10-12頁も参照。

35) 特許法における審査請求制度を参考に検討する方法もあるが、審査請求制度の趣旨は、真に必要な発明のみの権利化を促進するというものであり、また、その判断材料の提供および公表遅延の阻止を目的とした出願公開制度とかなりの程度相補的な制度として紹介される(中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法(上巻)(第2版)』(青林書院:2017)987頁(酒井宏明=高村順)、1060-1062頁(寺崎直)参照)。加えて、本稿で出願公開制度を扱っていないこともあり、秘密意匠制度との関係では直接参考にはならないように思われ、本稿では扱っていない。

36) なお、中国専利法は、秘密意匠制度を有しないものの、2019年に遅延審査制度が導入されたとのことで、本文同様のことが可能となっているように推察される(https://www.jetro.go.jp/ext-images/world/asia/cn/ip/law/pdf/section/20190924_1.pdf)。

とそれに続く意匠権の設定登録を遅らせることになり、出願人はこの意匠権発生までのタイムラグについて甘受する必要がある。

(3) 公開前に権利を発生させるが、依拠性を要求する

——欧州共同体意匠制度

欧州共同体意匠制度も、公告延期制度を有している。もっとも、こちらはハーグ協定のジュネーブ改正協定とは異なり、限られた審査のもと一定の範囲で権利を発生させつつ、その公表を遅らせる効果を有するものである。

具体的には、出願時に、領域を問わず、その出願の日から30ヶ月の間、登録共同体意匠の公告を延期するよう請求することができる（欧州共同体意匠規則50条（1））。この趣旨については、出願人に対して、競業者にデザインを知られずに市場戦略を練ることを可能にし、サプライズ効果を狙うことができるほか、模倣が横行する自動車業界やファッション業界にとって重要なものであるとの指摘がなされている³⁷⁾³⁸⁾。そして、「公告延期期間中に登録共同体意匠を基にした法的手続の提起は、登録簿及びそれに係る出願のファイルに含まれている情報が訴訟の相手方に通知されていることを条件とする」³⁹⁾（同（6））とされている。この規定によれば、登録共同体意匠について秘密にしたまま、登録意匠の内容を被疑侵害者に通知することで、意匠権の行使が可能であるとされている⁴⁰⁾。なお、手続期間内に公告手数料の支払いをしない等の事情により、公表されずに遡及的に権

37) GORDIAN N. HASSELBLATT ed., COMMUNITY DESIGN REGULATION: ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY (2d ed., C.H.Beck, 2018)407 [GORDON HUMPHREYS]. もっとも、Green Paper (Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design. Working document of the services of the Commission. III/F/5131/91-EN)の116頁においては、意匠保護の内容 (contentsとあるが contentsの誤りか) を超える保護を可能にすることは、共同体意匠の文脈において考えられないとの指摘もある。しかし、その後の1993年提案時のExplanatory Memorandum (Proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Community Design, COM/93/342/FINAL COD 463)の31頁では、ファッション業界と自動車業界ともに、general lineが競業者に知られることが問題視されており、佐藤・前掲注18)84-85頁で問題視された区別なく、個別の模倣よりも大きな問題が扱われているように思われる。

38) 加えて、公告延期の費用はかかるものの、公告費用の支払いを後回しにできるという効果もある。See, HASSELBLATT ed., *supra* note 37, at 409 [GORDON HUMPHREYS]. 前掲注37)Explanatory Memorandumの8頁でも、大量の製品を短期間に投入する繊維産業を念頭に、費用節減の可能性が述べられている。

39) 条文の訳は特許庁ウェブサイト (https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/ec6_02j.pdf)によった。

40) DAVID STONE, EUROPEAN UNION DESIGN LAW: A PRACTITIONER'S GUIDE (2d ed., OUP, 2016) 387. See also, *supra* note 37, Green Paper 116.

利が消滅する (50 条 (4))。

ただし、その権利の内容については、19 条 (3) により、50 条 (4) に基づき意匠が公開されるまでの間は、19 条 (2) に規定された無登録共同体意匠と同様の権利、すなわち、複製 (模倣) を禁止する権利として構成されている。ここでいう複製が認められる基準については諸説あるようであるが、本稿との関係で重要なのは、50 条 (4) に基づき意匠が公開されるまでの間については、公告延期の対象となった意匠に係る権利が、絶対的権利として構成されていないということである。公告延期の対象となった意匠に係る権利を行使するには、上記 50 条 (6) に規定された通知に加えて、被疑侵害者による複製を証明する必要があることになる⁴¹⁾。なお、公開前の独自創作により複製に当たらない実施について、公開後に続けた場合に意匠権侵害となるのかという点については、条文を見る限り肯定されそうであるが、従前の立法に至る議論を振り返ると、何らかの形でこれを否定するつもりがあったようにも見受けられる⁴²⁾。

加えて、従来言及された外国法に関して、欧州共同体意匠規則と同様に、出願日から 30 ヶ月の公告延期制度を有し (21 条)、また公告延期中には模倣の場合にのみ権利が及ぶ (38 条 (3)) とするものとして、ドイツ法 (ドイツ意匠法) が挙

41) See also, STONE, *supra* note 40, at 473. なお、公告が延期された意匠に係る意匠権が問題となった事例として、Quads 4 Kids v. Campbell [2006] EWHC 2482 (Ch) がある。ただしこの事件は、共同体意匠に係る意匠権者が、公告延期の対象となった意匠に係る意匠権をもとに、eBay の VeRO システム (知財侵害品の削除申請システム) を利用して被疑侵害者の商品を市場から削除したところ、当該被疑侵害者が、意匠権者の行為は根拠なき threats に当たるとして、英国の The Community Design Regulations 2005 の 2 条に基づいて提起した訴訟である。裁判所は、公告延期の対象となった意匠に係る意匠権の行使にあっては、意匠権者に被疑侵害者による複製の証明が要求されたとしたが、この事案では、VeRO システムを通じて削除を行ったために、それが不要になっていたと説示しており、また当該意匠権には、公知による無効原因の提出如何も争われており、先例的な意味は小さいように思われる。

42) 前掲注 37) Green Paper の段階では、公告延期の対象である意匠に係る意匠権者は、その公告まで意匠権の権利行使ができないが、公告がなされることで漸次的に (おそらく趣旨としては絶対的権利としての) 保護が生じるとの解釈が示唆されていた。そしてその場合、「善意の」第三者であっても侵害者たり得るが、先使用权による防御の余地 (先使用权によるならば、おそらく公告後も) が示唆されていた (同 117 頁参照)。また、前掲注 37) Explanatory Memorandum の 19 頁では、「公開により完全な絶対的権利が付与されるが、言うまでもなくその効果は漸及しない。登録され、そして現在は公開された共同体意匠の権利範囲に含まれる意匠を独立して開発していた者は、したがってその絶対的権利の影響を受けない」と指摘されている。一方で、MARIO FRANZOSI ET AL., EUROPEAN DESIGN PROTECTION: COMMENTARY TO DIRECTIVE AND REGULATION PROPOSALS (Kluwer Law Internationals, 1996) 141 は、本文のような場合に、公表後には侵害を肯定すると指摘する。Will Corbett & David Stone, *Strategies for Hiding Designs*, 223 MANAGING INTEL. PROP. 24, 25 (2012) も同旨か。ちなみにスイス法では公開後も第三者が実施続けられるようである (<https://www.ige.ch/en/protecting-your-ip/designs/swiss-applications/deferring-publication.html>)。

げられる。また、3年間の公告延期制度を有するが（R 512-10）、通知後の相手方との関係以外、公告前の事実について侵害責任を認めない（L 521-1）ものとして、フランス法（フランス知的財産法典）がある。

なお、従来参考にされた英国法は、従前繊維製品等の特定の製品について公告延期制度を有していたが、2006年に Registered Designs Act 1949 から公告延期に関する規定（22条（2））が削除されており、（国内法としては）公告延期制度が廃止されている⁴³⁾。

IV 秘密意匠制度に関する検討

以上の通り、従来の秘密意匠制度に関する議論、およびそれに対する現在の検討のポイントについて提示してきた。これらを踏まえて、以下、現在の視点から見た秘密意匠制度に関する留意点等について、簡単に触れたい。

1 趣旨との関係——公開時期のコントロールの重要性について

必要性として指摘されていたように、意匠の公開は出願人・権利者にとって大きな影響を与えるものであることは確かである。そしてこの点は、公告延期制度を有するハーグ協定のジュネーブ改正協定や、欧州共同体意匠制度等においても支持されているようである。

まず、デザイン開発動向を知られたくないというニーズや、意匠の公開／販売開始時期を出願人・意匠権者が決定したいというニーズについては、確かにそれが意匠権の内容ではないものの、意匠はそれ単独よりも、市場に提供するビジネスと組み合わせられてよりその効果を発揮するものと理解されるかもしれない。実際、令和元年改正によって、意匠法はブランド保護にも資することを意義づけられたとの見方もあるなど、いわば「ビジネスによって価値を生む意匠」としての側面がより強くなっているようにも思われる⁴⁴⁾。そのような視点からすると、秘密意匠制度はいわばビジネスツールとして理解され、上記目的に奉仕するものと

43) MARTIN HOWE ET AL., RUSSELL-CLARKE & HOWE ON INDUSTRIAL DESIGNS (9th ed., Sweet & Maxwell, 2016)[2-233].

44) 経営学・マーケティング学と意匠法との関係について、吉岡(小林)徹ほか「意匠法改正についての経営学と法学の架橋——特に経営学からみた評価」IPジャーナル13号(2020)19頁参照。

整理されるのかもしれない。

また、公開によって（本来意匠権侵害に当たる）模倣品が出現するという事情については、現行法上登録が公開に先行する以上、意匠権が発生していることを前提にその侵害を問えば足るという指摘もあったが、意匠と関連する産業領域の特殊性から、意匠権侵害訴訟による救済の困難さや不十分さが窺える。そして、（もちろん可能な改善は進めるべきであるが）このために権利行使のシステムを過度に増強するよりも⁴⁵⁾、特許庁において一定期間当該意匠を公開しないという形で対応する方が、全体として効率よく意匠権者の利益を守ることができるという判断にも、一応合理性があるものと思われる。

以上からすると、秘密意匠制度の存在自体は、外国法において必ずしも普遍的なものではないが（本稿の限りでも、米国法と英国法が採用していない——ただし米国は審査期間が長期であるために、実質的に本稿との関係で問題となるのは英国法の動向か）、少なくともこういった観点からすると許容されるように思われる。

またこのような観点からは、（本稿の主たる検討対象からは外れるが）現行の秘密意匠制度について、いくつか気になる点がある。例えば、秘密意匠につき意匠登録を受けたが、秘密期間中に意匠権を放棄することで、公開を撤回できるかといった問題（意匠権の遡及的消滅を代償に、ハーグ協定のジュネーブ改正協定や、欧州共同体意匠規則における運用で見られたもの——ただし、費用面でのメリットはないと思われるが）、また、引例として使用された場合の開示に関する問題⁴⁶⁾、侵害訴訟を提起した場合の相手方に対する開示に関する手当の問題⁴⁷⁾等である。後述の意匠に与えられる権利の内容の如何にもよるところであるが、趣旨に沿ったものであるか確認する必要があるだろう。

2 趣旨との関係——絶対的権利の必要性について

1で述べたように、秘密意匠制度の必要性自体は一応認められるとしても、その現行法下での効果、すなわち絶対的権利の付与まで正当化することができるかは、別論であろう。

45) 参考として、平成10年改正時の出願公開制度およびそれにとりなす補償金・模倣禁止権導入に係る議論も参照。

46) 高野登志雄ほか「秘密意匠の第三者への開示についての提案」『特許71巻3号(2018)79頁参照。

47) 寒河江孝允=矢野敏樹「秘密保持命令と秘密意匠の関係」『特許59巻3号(2006)61頁参照。

ここまで見てきた限り、秘密意匠制度が必要とされる趣旨は、いずれも登録意匠が公開されることにに基づく悪影響であり、独自創作の第三者の（権利範囲外はもちろん）権利範囲内の行為について、（先願の地位——後願意匠に基づき攻撃されない地位——の確保以外に）対応を必要とするような指摘はされてこなかった。また、諸外国の状況を見ても、登録と同時に未公開のまま絶対的権利を付与するものは見られなかった。加えて、昨今の意匠法における秘密意匠に係る出願・登録数の増加、および規律領域の拡大を考えると、秘密にされた絶対的権利の存在が与える影響は大きくなることが予想される。このように見てくると、少なくとも意匠権設定登録後公開までの間について、絶対的権利が付与されることは、第三者との関係で十分に正当化されないように思われる⁴⁸⁾。

そのうえで、1の趣旨を維持しながら、上記の懸念を和らげるとすれば、①（公開前に権利者自らが市場投入することを前提に）遅延審査／遅延登録をとらない、出願日を維持しつつ公開と権利発生を一致させるか、あるいは②登録時に権利を発生させるが、模倣禁止権を付与するという方法があろう。①はハーグ協定のジュネーブ改正協定におけるわが国での運用をわが国意匠法に転用した場合の発想であり、②は欧州共同体意匠制度における運用をわが国意匠法に転用した場合の発想である。このうち、現行法との乖離が小さいのは②であろう。①は出願人に審査や登録の時期をコントロールすることを認めるものであり、公開の時期をコントロールすることを認めるためのツールとしては大き過ぎるように思われる。公開の時期だけをコントロールできるようにしつつ、絶対的権利の影響を抑えるには、後者がまだしも現実的であろう^{49) 50) 51) 52) 53)}。もちろん、ここでいう模倣は、秘密意匠の図面等を何らかの理由で開示された場合の模倣だけでなく、その実施

48) この点、現行法においても、意匠登録出願後、拒絶査定を受け、それについて拒絶査定不服審判や審決取消訴訟で争う場合、いずれ発生するがしかし外部からは確認できない権利が長期間存在することが想定されている。第三者による（当該意匠を利用したビジネスを含む）重複投資の危険という観点からして両者が共通することに鑑みれば、（期間の長短はさておき）秘密意匠制度との関係で絶対的権利を付与しても問題ないようにも思われる。しかし、上記の例との関係では2点差があることに留意する必要がある。すなわち、①上記の例は、審査制度から必然的に生じざるを得ないので、出願人からすればやむを得ず起きてしまうものと考えられるところ、秘密意匠制度においては、出願人のイニシアチブで自由に発生させることのできる状況である。また、②意匠の公開までの間に行われた第三者の実施の適法性という点では差が生じるものと思われる。このような差に注目すると、両者を同様に捉えることが適切か、（影響は未だ小さいながら）議論の余地があるように思われる。

物に係る模倣であっても（通常はそれに併せて秘密意匠の公開を請求すると思われるが）⁵⁴⁾ 当てはまるものと解される。なお、これを解釈論によってなそうとすると⁵⁵⁾、条文上の根拠としては模倣以外の場合について権利濫用の可能性⁵⁶⁾を探る以外にないように思われるが、一律の整理は難しいかもしれない。

また、仮に秘密意匠の公開によって模倣禁止権から絶対的権利への変更がされるものとする場合、公開までの間に独自創作のうえ適法に実施していた者や適法に実施された結果生じた製品等についても、公開後は絶対的権利に服するとすると、その保護が十分か、議論があろう。解釈論としては必要に応じて前記同様権利濫用による処理の可否が問題となろうが、立法論としては、絶対的権利ではなく模倣禁止権とする趣旨に則り、最大では当該第三者に対する先使用权類似的法定実施権⁵⁷⁾、少なくとも秘密期間中の違法な製品等への権利行使の制限⁵⁸⁾は、検討の俎上にのせても誤りではないように思われる。

49) 欧州各国の状況を見る限り、条約上も問題ないものと思われる。

50) なお、荒玉義人文庫37巻所収特許庁「意匠法案(第四読会)」(昭和33年2月1日)までは、現在の意匠法37条3項に相当する条文(条文案36条4項)について、意匠権者の警告ではなく、「善意であつて過失なくその侵害の行為をする者又は侵害するおそれがある行為をする者に対して」差止めの請求ができないとされていた。ただし、これ以降、現行法の条文同様のものに変更されている。

51) 立法技術的にも、ちょうど令和元年改正において、関連意匠の関係で「自己の意匠」という文言が新たに導入された(意匠10条2項)。これが(登録後の場合も含め)第三者の独立創作を除外するものとして解釈されるのであれば(意匠審査基準第V部3.7.1参照)、これを参考に、意匠法に模倣の概念を組み込むことが可能であるように思われる。

52) なお、営業秘密に係る規制や、形態模倣規制など、状況に応じて不正競争防止法による規制も及ぶと思われるが、要件や保護範囲に差がある。そして、これらによって秘密意匠に係る意匠権による保護を排除する趣旨はない(現行法において共存している)ことからすると、同法との関係では、本文記載の対応は差し支えないものと思われる。

53) なお、渋谷・前掲注25)594頁では、(おそらく秘密期間中に限り)意匠権者が差止請求権を行使する際に補償金を用意するとの仕組みが提案されている。

54) 少なくとも現行法は、秘密意匠であることによって出願料や登録料を減額するということはせず、出願日を確保しつつ市場テストを行うにあたり費用負担を軽減するという欧州共同体意匠制度で見られたような趣旨は反映されていない。この点についても一考の余地があるかもしれないが、一方で秘密意匠の活用を積極的に促すべきでもないように思われる。

55) 佐藤恵太「意匠保護法制の再検討(三)」法学新報99巻7=8号(1993)110頁、同・前掲注13)「意匠保護法制の再検討(四・完)」174頁はその趣旨か。

56) 渋谷・前掲注25)594頁では、「時機に後れた警告と差止請求権の行使は、権利濫用になると解釈する必要がある」と指摘される。

57) 前掲注42)の各指摘も参照。

58) 詳細は判然としないが、荒玉義人文庫37巻所収特許庁「意匠法案(第三読会)」(昭和32年11月1日)51頁のメモ書きには、善意の実施者に対する保護を講ずるとして、条文案35条(再審により回復した意匠権の効力の制限——現在の意匠法55条)に関する言及と思しきものがある。これを参考にしようとしていたのであろうか。

V おわりに

本稿はあくまで秘密意匠制度の効果に注目し、主に絶対的権利の付与を認めるべきかという点について、状況の変化も睨みつつ取り扱ったものである。その結果、現在においても制度の存在意義自体は認められるものの、その効果には行き過ぎと評価されかねない点があることも示すことができたと思われる。しかし、すでに本稿にも表れているように、本来は意匠を公開することの意味をあらためて検証するとともに、制度全体について俯瞰する必要がある。この点は他日を期したいと思う。

【追記】 本研究は、JSPS 20K01422 の助成を受けたものである。